Über den Vorvertrag

bei den

Konsensualkontrakten.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

bei der hohen Juristen-Fakultät

der

Königl. Bayerischen Friedrich-Alexanders-Universität

zu Erlangen

eingereicht im Juli 1895

von

WILHELM SCHMITZ

aus Hänscheid.

Köln, 1895.

Druck von Heinrich Theissing. 585.

Über den Vorvertrag

bei den

Konsensualkontrakten.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

bei der hohen Juristen-Fakultät

der

Königl. Bayerischen Friedrich-Alexanders-Universität

zu Erlangen

eingereicht im Juli 1895

von

WILHELM SCHMITZ

aus Hänscheid.

Köln, 1895.

Druck von Heinrich Theissing. 585.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535724_0108

Meinen Eltern

gewidmet.

Inhalts-Übersicht.

Seite

Einleitung 1

I. Teil.

Der Vorvertrag im allgemeinen.

§ 1. Begriffsbestimmung des Vorvertrages 3
a. Definition.
b. Charakteristische Merkmale des Vorvertrages und zwar mit Bezug:
a. auf andere Vorverhandlungen und
b. auf den Hauptvertrag.
§ 2. Erfordernisse des Vorvertrages 4
a. der Form und
b. dem Inhalte nach.
§ 3. Wirkungen des Abschlusses eines Vorvertrages . . . 6
a. Widerleguug der Meinung von Brinz.
b. Der Anspruch aus dem Vorvertrag geht auf contrahere und nur in ganz bestimmten Fällen auf das Interesse.
c. Der Anspruch aus dem Vorvertrage ist weder durch Erbgang noch durch Cession übertragbar.
d. Die Erfüllung des Vorvertrages ist von einer Veränderung der Umstände unabhängig.
§ 4. Einteilung der Vorverträge 11

II. Teil.

Begriffliche Entwickelung des Konsensualkontraktes 12

III. Teil.

Vorverträge vor Konsensualkontrakten.

§ 1. Logische Möglichkeit derselben 14
§ 2. Thatsächliches Vorkommen der Vorverträge vor Konsensualkontrakten 18
§ 3. Umschreibung der Anwendungssphäre 20
§ 4. Begründung des Anspruchs auf Anerkennung der Vorverträge durch das positive Recht 25
§ 5. Stellung der Gerichtspraxis 29
§ 6. Ergebnisse 33

Litteraturnachweis.

Bechmann, der Kauf, Bd. 2, S. 270—283.
Bekker, Pandekten, Bd. 2, § 95 und Beilage II.
Beseler, Erbverträge, Teil 2, Bd. 1, S. 60 f.
Brinz, Pandekten, 1. Aufl., § 364.
Dernburg, Pandekten, Bd. 2, S. 25 ff.
„ Preuss. Privatrecht, Bd. 2, § 43.
Glück, Pandekten, Bd. 4, § 292, S. 103.
Koch, Recht der Forderungen, § 70, Bd. 2, S. 66, Bd. 3, S. 228 f.
Kohler, Gesammelte Abhandlungen, S. 44 ff.
Regelsberger, civilrechtliche Erörter., S. 128—134.
„ in Endemanns Handbuch des Handelsrechts, Bd. 2, S. 417 ff.
Sintenis, Civilrecht, Bd. 2, S. 249.
Stobbe, Deutsches Privatrecht, III, S. 69 f., 166 III, 173, Nro. 17, 21; 177, Nro. 37, 38.
Storch, der heutige, insbesondere landrechtliche Darlehns-Vertrag, S. 57—61.
Thöl, Handelsrecht, 6. Aufl., S. 777—784.
Windscheid, Pandekten, Bd. 2, § 310.

Die monographische Litteratur über den Vorvertrag vor Konsensualkontrakten, d. i. für die ganze zweite Hälfte nachstehender Arbeit ist sehr dürftig. Grundlegend für die ganze Lehre vom Vorvertrag ist die Freiburger Festschrift: »Zur Lehre vom Vorvertrag« von Degenkolb, mit neuen Beiträgen abgedruckt im **Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 71, S. 1—92,** (im Text einfach citiert: »Degenkolb«). Recension der Festschrift von Göppert in der **Kritischen Vierteljahrsschrift, Bd. 14, S. 400 bis 428,** (citiert: »Göppert«). Ferner noch **Österreichisches Centralblatt für die juristische Praxis, Bd 1, S. 141 ff.** (Verfasser dieses Aufsatzes ist Geller).

Ausserdem finden sich noch gelegentliche Bemerkungen über die vorliegende Materie in Abhandlungen, die sich in der Hauptsache mit anderem, insbesondere mit den Vorverträgen vor Realkontrakten befassen. So z. B.: Iherings Jahrbücher, Bd. 3, S. 399 ff., Bd. 8, S. 1 ff., Bd. 31, S. 190 ff.

Eisele, in der Zeitschrift für schweizerisches Recht, Bd. 3, S. 1—48 N. F.
Attenhofer, daselbst N. F., Bd. 8, S. 335 ff.

Die berücksichtigten Stellen sowie die angezogenen richterlichen Entscheidungen sind übrigens auch im Kontext im einzelnen ausführlich angegeben.

Einleitung.*)

Dem Abschlusse von Verträgen, wie sie von den Parteien schliesslich bezweckt werden, gehen sehr häufig Vorverhandlungen voraus, durch welche die sich entgegenstehenden Prätensionen der Parteien zum Austrag gebracht werden sollen. Der Vertrag erscheint sonach als das Produkt einer Mehrheit von Handlungen, die jedoch, wie an Zahl gewöhnlich verschieden, so auch rechtlich nicht immer gleichbedeutend zu sein brauchen. Aus den vorbereitenden Beredungen kann sich insbesondere ein Punkt als fester Kern herausheben, die Übereinkunft nämlich, dass zwischen den Parteien ein Vertrag der besagten Art abgeschlossen werden soll,[1]) sog. pactum de contrahendo oder Vorvertrag, wie nach Thöls Vorgang die deutsche Bezeichnung lautet.[2])

Dem römischen Recht ist der Begriff des pactum de contrahendo fremd. Zwar fehlt es im corpus juris nicht an Stellen,[3]) in welchen später vorzunehmende Geschäfte als Gegenstand gegenwärtiger Verträge behandelt werden, aber von einem pactum de contrahendo als einem formell[4]) selbständigen Rechtsgebilde, als einem Begriffe von allgemeinem Inhalt ist nirgends eine Spur zu finden[5]).

Zur Zeit der Glossatoren hat es sich aus dem pactum nudum zugleich mit den sog. pacta præparatoria — aber rechtlich durchaus anders geartet als diese — gewissermassen durch Differenzierung herausgeschält.[6]) Und vielleicht hat gerade dieser Umstand[7]) mit dazu beigetragen, dass die Frage nach seiner ihm von Parteiwillen selbst bestimmten rechtlichen Kraft, dass vor allem die Daseinsmöglichkeit des Vorvertrages als eines begrifflich

*) Die Noten, die zu den im Kontext befindlichen Ziffern gehören, befinden sich am Schlusse jedes Abschnittes bzw. Paragraphen.

selbständig formulierten Rechtsinstitutes bis in die Gegenwart hinein Gegenstand lebhafter, ja leidenschaftlicher Kontroverse gewesen ist und zwar sowohl der Vorverträge im allgemeinen als auch speciell und vorzugsweise der Vorverträge bei den Konsensualkontrakten.

Um in diesem Streite der Theorieen die Argumente für und wider in ihren Voraussetzungen und logischen Konsequenzen würdigen zu können, erscheint es angemessen und notwendig, eine ausführliche Darstellung des Vorvertrages im allgemeinen seinem Begriffe, seinen Erfordernissen und Wirkungen nach voraufzuschicken. Hieran hat sich anzuschliessen eine kurze Skizze des Konsensualkontraktes, um zum Schluss auf Grund der gewonnenen Resultate Vorvertrag und Hauptvertrag in ihren Wechselbeziehungen, insbesondere die Daseinsmöglichkeit ersterer vor letzteren zu erörtern.

---

[1]) Regelsberger, civilrechtliche Erörterungen S. 129.

[2]) Im Folgenden werden beide Bezeichnungen promiscue gebraucht und als beschränkt gedacht auf das Gebiet der obligatorischen Verträge im technischen Sinne.

[3]) l. 75 D. 18,1; l. 21 § 5 D. 19,1; l. 122 § 3 D. 45,1.

[4]) Auch in Stipulationsform findet sich das pactum de contrahendo im römischen Recht nur in Bezug auf das Darlehn. l. 30 D. 12,1; l. 68 Dig. 45,1.

[5]) Österr. Centralblatt für die jur. Praxis Bd. 1 S. 141.

[6]) Die Art und Weise seiner Entwickelung hier historisch zu verfolgen, würde über den Rahmen dieser Arbeit weit hinausgehen, da das Thema auf die Untersuchung des Begriffes als eines gegebenen beschränkt ist.

[7]) Degenkolb S. 2.

I. Teil.

Der Vorvertrag im allgemeinen.

§ 1.

Begriffsbestimmung des Vorvertrages.

Der Begriff des Vorvertrages, wie er durch die neuere Wissenschaft festgestellt wird, charakterisiert sich wesentlich dadurch, dass der Vorvertrag in einer bindenden Absicht geschlossen und dass die durch ihn entstehende Verbindlichkeit auf das dem betreffenden Vertrage entsprechende Mitwirken zum Vertragsschluss, also auf ein contrahere gerichtet ist, durch welchen der künftige Vertrag bzw. Hauptvertrag erst entstehen soll.[1])

Durch die bindende Verpflichtung unterscheidet sich der Vorvertrag von anderen Vertragsverhandlungen und -beredungen, den Traktaten, Punktationen etc., die in Wirklichkeit gar keinen vertraglichen Charakter haben und keine rechtliche Wirkung erzeugen.[2]) Durch den eigentümlichen Inhalt der übernommenen Verpflichtung dagegen, die auf ein »contrahere« gerichtet ist, bildet er einerseits den Gegensatz zum Hauptvertrag sowohl, der auf ein reelles Leisten geht, als auch zu anderen bindenden Schuldverträgen, und unterscheidet sich dadurch anderseits auch von der [unwiderruflichen] Offerte.[3]) Diese Kriterien charakterisieren den Vorvertrag als einen durchaus selbständigen Vertrag. Daher finden auch die allgemeinen Vertragsgrundsätze auf denselben Anwendung, soweit nicht die eigenartige Erfüllungsleistung eine Abweichung bedingt.[4])

---

[1]) Degenkolb a. a. O. S. 17,53; sachlich übereinstimmend auch Thöl (Handelsrecht, 6. Aufl. S. 778), der den Vorvertrag definiert als einen gegenwärtigen Vertrag, welcher einen künftigen Vertrag verspricht, mag im übrigen auch die Formulierung eine weniger präcise sein. Vgl. Göppert S. 495.

[2]) Vgl. jedoch Dernburg, Pandekten Bd. 2 S. 26.

[3]) Zeitschr. für schweiz. Recht. N. F. Bd. 8 S. 336; Bechmann, der Kauf Bd. 2 S. 271.

[4]) Regelsberger bei Endemann Bd. 2 S. 418.

§ 2.

Erfordernisse des Vorvertrages.

Als durchaus selbständiger Vertrag muss der Vorvertrag zu seiner Giltigkeit wie jeder andere Vertrag bestimmten Erfordernissen genügen. Diese beziehen sich teils auf die Form, teils auf den Inhalt.

Es fehlt nicht an Stimmen, welche verlangen, dass der Vorvertrag den Erfordernissen des Hauptvertrages zu genügen habe.[1]) Streng genommen folgt hieraus unbedingt die Negation aller Vorverträge. Ja, hierbei die Existenz eines pactum de cambiando zu behaupten, ist geradezu widersinnig. Derartige Formvorschriften aufzustellen, ist nur möglich, wenn man dem Vorvertrage eine lediglich »präparatorische« Funktion zuweist. Eine solche hat er in gewissem Sinne ja unzweifelhaft, aber juristisch im Verhältnis zum Hauptvertrage in keinem anderen Sinne, als sie jedes obligierende Ereignis im Verhältnis zu dem Erfüllungsakte hat.[2]) Daher kommen wir unter Anerkennung und scharfer Betonung der selbständigen juristischen Existenz des Vorvertrages zu dem Schlusse, dass die für den Hauptvertrag bestehenden Normen keinen »unmittelbaren« Anspruch auf Anwendung beim Vorvertrage haben. Deshalb aber generell den Satz aufzustellen: Der Vorvertrag, auch zu einem formellen Hauptvertrage, ist an keine bestimmte Form gebunden,«[3]) ist auch zu weitgehend, denn unzweifelhaft »kann« Sinn und Zweck der dem Hauptvertrag gesetzten Formvorschriften ihre Übertragung auf den Vorvertrag bedingen.[4]) Wenn ich z. B. schenkungsweise jemandem verspreche, ihm einen Verpflichtungsschein über 1000 auszuhändigen, so bedarf dieser »Schenkungsvorvertrag« der Formerfordernisse der Schenkung ebendeshalb, weil er selbst »Schenkung« ist. Das Versprechen im Verpflichtungsschein bedarf dagegen der Schenkungsform nicht, weil es animo solvendi, nicht animo donandi geleistet wird.[5]) Nach dieser Richtung hin eine principielle Regelung aber zu versuchen, muss daher auf den ersten Blick als aussichtslos erscheinen.[6]) Wie es im einzelnen Falle zu halten ist, das ist aus dem betreffenden Rechtsverhältnis zu entwickeln.

Der Inhalt des Vorvertrages lediglich qualitativ betrachtet, erschöpft sich in der Verpflichtung zur Mitwirkung beim Abschluss des in Aussicht genommenen Hauptvertrages. Insoweit ist von dem eigentümlichen Inhalt des Vorvertrages schon vorher die Rede gewesen. Der Inhalt des Vorvertrages aber quantitativ betrachtet: m. a. W. die Frage, wieviel von den materiellen Erfordernissen des Hauptvertragsschlusses der Vorvertrag in sich aufnehmen müsse, damit das in Aussicht genommene »contrahere« entsprechend den allgemeinen Vertragsgrundsätzen als »genügend bestimmtes« Vertragsobjekt gelten könne, ist sehr bestritten. Von vornherein steht nur fest, dass die Art des in Aussicht genommenen Vertragsschlusses unzweifelhaft bestimmt sein muss. Darüber hinaus ist nur zu verlangen, dass der Inhalt des künftigen Vertrages soweit bestimmt sei, dass die Höhe der in dem contrahere enthaltenen Belastung des Promittenten nicht lediglich von der Willkür des Promissars abhängt,[7]) mit anderen Worten: dass der Inhalt des versprochenen Geschäftes im Streitfall richterlich bestimmt werden kann. Wohl ist hierbei die besondere Art des Hauptvertrages zu berücksichtigen und oft allein entscheidend,[8]) aber von einer »essentiellen« Bestimmtheit desselben durch den Vorvertrag kann schlechthin[9]) nicht die Rede sein.[10])

---

[1]) Hierher ist vor allem auch Windscheid mit zu rechnen. Indes hat auch er seine früher in dieser Richtung sehr weitgehende Lehre in den neuesten Auflagen seiner Pandekten wesentlich modificiert und eingeschränkt. Vgl. die von Degenkolb a. a. O. S. 34 angeführte Stelle (§ 310) aus früheren Auflagen mit der Fassung des entsprechenden Passus der siebenten Auflage. Hier heisst es: »Aus dem Vorvertrage entsteht, vorausgesetzt, dass der Inhalt des Hauptvertrages genügend festgestellt ist, ein Forderungsrecht auf Abschluss des Hauptvertrages . . . . Die dem Hauptvertrage eigentümlichen Erfordernisse seiner Giltigkeit, und im Besonderen das Erfordernis einer etwa gesetzlich vorgeschriebenen Form, gelten für den Vorvertrag dann, wenn das Recht ohne Erfüllung dieser Erfordernisse eine Gebundenheit des Willens überhaupt nicht will, nicht aber in dem Falle, wo es von der Erfüllung derselben eine besondere Gestaltung des obligatorischen Verhältnisses abhängig macht.« Jedoch auch in dieser vorsichtig gewählten Fassung entspricht die Windscheidsche Lehre nicht den thatsächlichen Verhältnissen. Sie erscheint nur dazu dienen zu sollen, das pactum de cambiando zu retten. Im übrigen ist sie zu umfassend.

2) Degenkolb a. a. O. S. 36.

3) Krit. Vierteljahrsschrift Bd. 5, S. 166,

4) Vgl. hierzu: Regelsberger im Handbuch Bd. 2, S. 418; ders. civilrechtl. Erörterungen S. 139 f. Degenkolb S. 34 ff; Göppert S. 414 ff; Bechmann, der Kauf, Bd. 2 S. 277, 282; Zeitschr. f. schweiz. R. N. F. Bd. 3 S. 25.

5) Adler in Iherings Jahrb. Bd. 31, S. 224 fg.

6) S. unten S. 30 f; Striethorsts Archiv Bd. 58 S. 65; Seuffert, Archiv Bd. 38 No. 103; Reichs-Ger. Entscheid. Bd. 14 S. 93, ferner Bd. 10 S. 125, Bd. 30 S. 95. »Eine bestimmte Form für den Vorvertrag wird nur dann gefordert, wenn für den Hauptvertrag vom Gesetz eine Form zu dem Zwecke vorgeschrieben ist, durch sie auf die Willensentschliessung der Parteien einzuwirken, dieselben vor Übereilung zu schützen. Eine derartige Formvorschrift gilt auch für den Vorvertrag, da sich die Annahme von selbst verbietet, dass der Gesetzgeber der Vereitelung seiner Absicht eine Thür offen lassen wollte.« Regelsberger im Handbuch Bd. 2, S. 419.

7) Göppert a. a. O. S. 417; Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 26 f; ders. Preuss. Privatrecht § 43, S. 105; Bechmann, der Kauf, Bd. 2, S. 273 § 191; Beseler. Erbverträge S. 60 fg.

8) Regelsberger im Handbuch, Bd. 2 S. 418.

9) Vgl. hierzu unten S. 22 f.

10) Beispielsweise kommt durch die Erklärung des einen Teiles: in ein Contocorrentverhältnis mit dem anderen treten und von diesem für sein jedesmaliges Guthaben »Cigarren« entnehmen zu wollen und durch die Acceptation dieser Erklärung, ein rechtsverbindlicher Vertrag, ein pactum de emendo, zustande, trotzdem es auch hier an den »Essentialien« des Hauptvertrages, an einer Bestimmung von Preis, Quantität und Qualität der abzunehmenden Cigarren vollständig fehlt. Denn als Preis ist der handelsübliche anzusehen; die Quantität bestimmt sich nach der Höhe des Aktivsaldos (und dem angesetzten Preise und die Wahl der Qualität muss hier wohl dem Gläubiger zustehen. Entscheid. des R. O. H. G. Bd. 17 S. 218 No. 47; vgl. auch Bd. 9 No. 14 S. 38, Bd. 11 S. 1, Bd. 7 S. 155; ferner noch Entscheid. des Reichs-G. Bd. 30 S. 147. Eine gegenteilige Ansicht findet sich vertreten in Seuffert, Archiv Bd. 33 No. 112.

§ 3.

Wirkungen des Abschlusses eines Vorvertrages.

Sofern ein Vorvertrag rechtlich vorliegt, hat er begriffsnotwendig die Wirkung, dass aus ihm ein Anspruch auf Abschluss des Hauptvertrages hervorgeht. Es erhebt sich hierbei die Frage: wenn der aus dem Vorvertrage Verpflichtete seine Mitwirkung beim Abschluss des Hauptvertrages versagt, kann dann auf naturale Erfüllung ge-

klagt werden oder nicht? Bei den auf ein facere scil. contrahere gerichteten Stipulationen des römischen Rechts ging die Klage nur auf das Interesse.[1]) Und dies behauptet Brinz[2]) auch noch für das heutige Recht. Das Hauptargument Brinz' ist: das facere bzw. contrahere ist kein »naturaliter« zu erzwingender Gegenstand. Hieraus folgt jedoch nicht unbedingt, dass ein »contrahere« deshalb nicht Obligationsgegenstand sein kann; anderseits aber wohl, dass damit den auf ein facere sc. contrahere gerichteten Obligationen die volle juristische Anerkennung versagt wird. Ja noch mehr: ist das contrahere nicht in obligatione, sondern blos, wie man zu sagen pflegt, in solutione, so ist das ganze pactum de contrahendo ein wesenloser Begriff, ohne praktische juristische Brauchbarkeit.

Die herrschende Meinung[3]) lehrt dagegen, dass die Klagbitte bei mora des Verpflichteten sich in erster Linie auf das naturale Leisten des contrahere zu erstrecken habe. Denn das contrahere widerstrebt nicht jeder Art des Rechtszwanges: es ist begriffsnotwendig nicht nur nicht ein Produkt eines Wollens, das von jedem Rechtszwang als Motiv befreit ist, sondern auch nicht des Wollens überhaupt. In Wahrheit ist das Handeln in Gemässheit einer (Rechts- oder Vertrags-) Pflicht und das ihr entsprechende Handelnsollen keine Fälschung oder Verkümmerung, sondern vielmehr eine Bewährung der rechtlichen Freiheit. Und daher erscheint der vertragsmässige Anspruch auf Kontraktschluss als ein durchaus taugliches Obligationsobjekt. — Welchen Einfluss die Verurteilung auf contrahere auf das Entstehen des Hauptvertrages äussere, ob insbesondere ein solches Urteil auch direkt vollstreckt werden könne, war gemeinrechtlich bis in die neueste Zeit sehr bestritten und ist es noch heute bezüglich der Realkontrakte.[4]) Für Vorverträge vor Konsensualkontrakten ist dieser Streit jetzt erledigt durch § 779 der Civilprocessordnung, welcher bestimmt: »Ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt, so gilt die Erklärung als abgegeben, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat.«[5]) Es fehlt jedoch auch nicht an Fällen, in denen der Gläubiger seinerseits unter bestimmten Voraussetzungen direkt auf

die Interesseforderung zu greifen berechtigt ist, nämlich dann, wenn die bedungene Leistung durch die Schuld des Verpflichteten unmöglich geworden ist. Und das geschieht auch durch blosse Verzögerung, sofern der Leistung die Zeit als wesentliches Begriffselement innewohnt und daher eine verspätete Leistung als Nichtleistung oder völlige Vereitelung sich darstellt.[6])

Der Anspruch auf contrahere ist begrifflich mit der Person desjenigen, mit welchem der Abschluss des Hauptvertrages gewollt ist, aufs engste verknüpft. Deshalb muss man es als etwas Specifisches der sog. Vorverträge bezeichnen, dass die Ansprüche aus denselben auf contrahere weder durch Cession noch durch Erbgang auf einen anderen übertragen werden können.[7]) Von einer Übertragung des Vorvertragsanspruches kann nur in dem ganz bestimmten Falle die Rede sein, wo derselbe zu einer Interesseforderung geworden ist. — Von der herrschenden Meinung[8]) dagegen wird angenommen, dass die Zulässigkeit der Cession des Anspruchs aus einem Vorvertrage nur von Fall zu Fall entschieden werden könne. »Die Zulässigkeit der Übertragung des Anspruches auf das contrahere im Wege der Cession, sagt Regelsberger, »ist nur zu verneinen, wenn der Inhalt der von dem Verpflichteten zu versprechenden Leistung durch die Persönlichkeit des Gläubigers bestimmt wird, oder wenn im Hauptvertrage der aus dem Vorvertrage Berechtigte eine Verpflichtung zu übernehmen hat. Beide Alternativen aber werden dem Wesen der Vorverträge als »höchstpersönlichen nicht gerecht. Denn wenn auf irgendwelche, so passen auf die Obligationen aus dem pactum de contrahendo jene Merkmale, wonach man Forderungen für uncedierbar zu erklären pflegt, dass sie an die Personen, an die Individualität des Gläubigers geknüpft sind, dass ihr Wesen und Inhalt verändert werden würde, wenn ein anderer sie für eigene Rechnung geltend machen wollte. Bei Zahlungen, Sachleistungen überhaupt, manchen Dienstleistungen, liegt der Accent auf der Person des Schuldners; die Leistung bleibt begrifflich und praktisch unverändert, ob er sie dem A oder dem B macht. Bei der Eingehung einer Verpflichtung dagegen, beim Abschluss eines Vertrages

gehört die bestimmte Person des Gläubigers zum Wesen des Vorganges. Die begriffliche Differenz zwischen dem Vertragsschlusse mit A und dem Vertragsschlusse mit B liegt handgreiflich zu Tage. — Wenn demgegenüber Bechmann[9]) lehrt: »Durch Tod der einen Partei erlischt der Vorvertrag nicht, da auch der Bestand des Hauptvertrages dadurch in keiner Weise berührt wird. Dagegen ist der Anspruch aus dem Vorvertrage nur abtretbar, sofern er als Entschädigungsanspruch erscheint: die Abtretung des Anspruches auf Abschluss eines synallagmatischen Vertrages würde eine Veränderung in der Person des Gegners in sich schliessen, die sich der andere Teil nicht gefallen zu lassen braucht,« so liegt doch in diesen Sätzen ein offenbarer Widerspruch. Denn auch der Tod des einen Kontrahenten schliesst für den anderen »eine Veränderung in der Person des Gegners« in sich. Der Satz: heres succedit in personam defuncti kann nie zu der Fiktion führen, den Erben mit dem Erblasser als Träger subjektiver Rechte zu identificieren. Erbe und Erblasser sind in dieser Richtung ganz verschiedene Persönlichkeiten. Ein Vertragsschluss mit dem Erben ist begrifflich ein anderer als mit dem Erblasser. Und deshalb ist auch die Vererblichkeit des Anspruches auf contrahere abzulehnen.[10])

Manche neuere Schriftsteller[11]) neigen der Auffassung zu — vielleicht hierzu bewogen durch moderne Civilrechtskodifikationen[12]) — der aus dem Vorvertrage Verpflichtete sei nur dann zum contrahere gehalten, wenn die Verhältnisse des Gläubigers sich in Hinsicht auf die Erfüllung der Hauptvertragsleistung nicht ungünstiger gestaltet hätten: mit anderen Worten: die Erfüllung des Vorvertrages verstehe sich nur unter der clausula rebus sic stantibus. Dem gemeinen Recht ist eine solche Auffassung fremd. Die Anfechtung bzw. die Befugnis des Rücktritts beschränkt sich nach den römischen Quellen auf die Fälle des objektiven Fehlens der von den Beteiligten vorausgesetzten rechtlichen Beziehung der gewollten Rechtswirkung zu anderweitigen Rechtsverhältnissen der ersteren. Um als Beschränkung des Parteiwillens rechtlich gelten zu können, muss eine Voraussetzung irgendwie erklärt sein und der Mangel einer solchen

Erklärung nötigt sogar zu der Annahme einer reinen und vorbehaltlosen Verpflichtung durch den unterliegenden Vertrag. Für eine stillschweigende sog. »selbstverständliche Voraussetzung« ist im gemeinen Recht kein Raum.[13]) Mit jeder auf die Zukunft hinausreichenden Verfügung ist nämlich die Gefahr unzertrennlich, dass künftig sich die Umstände derart änderen, dass man Ursache hat, den früheren Entschluss zu bereuen. Es liegt im Wesen rechtlicher Gebundenheit, dass diese Reue uns kein Recht zum Zurücktreten gewährt, wenn wir es uns nicht wirklich und wahrhaft ausbedungen haben.[14])

Von dieser streng konsequenten Lehre, die in ihrer praktischen Anwendung vielfach zu schreienden Ungerechtigkeiten führen kann[15]), wird im Verkehr, insbesondere im kaufmännischen Verkehr mit Recht im Interesse der Billigkeit zu Gunsten des Verpflichteten eine Ausnahme gemacht beim Darlehns- und Krediteröffnungsvorvertrag.[16])

---

[1]) l. 68 D. 45,1: Si poenam stipulatus fuero, si mihi pecuniam non credidisses, certa est et utilis stipulatio quod si ita stipulatus fuero: »pecuniam te mihi crediturum spondes?« incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem, quod mea interest. »Im Hinblick auf das justinianische Recht muss angenommen werden, dass auch bei den obligationes faciendi auf die ursprüngliche Leistung geurteilt werden konnte.« Zeitschr. f. schweiz. Recht. N. F. Bd. 8 S. 351.

[2]) Brinz, Pandekten, 1. Aufl. § 364: Degenkolb a. a. O. S. 43.

[3]) Vgl. Degenkolb S. 77; Göppert S. 412; Bechmann, der Kauf Bd. 2 S. 271 f; Dernburg, Pandekten Bd. 2 S. 27; derselbe Preuss. Privat-R. Bd. 2 § 43 S. 105; Regelsberger im Handbuch Bd. 2 S. 419; derselbe, civilrechtl. Erörterungen S. 131.

[4]) Vgl. Windscheid Pandekten § 370 Anm. 18 und die dort citierte Literatur.

[5]) Adoptiert ist hier die Theorie von Regelsberger, civilrechtl. Erörterungen S. 131; hierzu Göppert a. a. O. S. 412; Degenkolb a. a. O. S. 75; Kohler, Ges. Abhandlungen S. 54 fg; Endemann, Deutsches Handelsrecht § 90, Nro. 12.

[6]) Degenkolb a. a. O. S. 48 f; Göppert a. a. O. S. 411.

[7]) Göppert a. a. O. S. 424 fg.

[8]) Regelsberger im Handbuch Bd. 2. S. 421; Degenkolb a. a. O. S. 78; Thöl, Handelsrecht S. 782; Zeitschr. für schweiz. R. N. F. Bd. 3, S. 39.

[9]) a. a. O. Bd. 2, S. 275.

[10]) Vgl. hierzu Seuffert, Archiv Bd. 17 No. 92, Bd. 19 No. 35, Bd. 25 No. 19 und Bd. 26 No. 212.

[11]) Z. B. Dernburg, Preuss. Priv. Recht Bd. 2 § 43; Degenkolb a. a. O. S. 47.

[12]) Preuss. Allg. Land-R. I § 656, 657; Sächs. bürgerl. Gesetzbuch § 1069, 1161, 1174.

[13]) »Eine an sich zustande gekommene vertragsmässige Rechtswirkung kann wegen Ermangelung einer beliebig gesetzten sog. Voraussetzung nicht angefochten werden.« Entscheid. des Reichs-G. Bd. 24 S. 169; vgl. auch Bd. 23 S. 85; ferner Bd. 21 S. 178 und in gleichem Falle für das preussische Landrecht Entscheid. Bd. 22 S. 81 ff.

[14]) Göppert a. a. O. S. 426—428. Bezüglich des Kreditvorvertrages geht Göppert jedoch viel zu weit.

[15]) Vgl. die oben sub Note 13 angeführten Entscheidungen des Reichsgerichts.

[16]) Vgl. Regelsberger im Handbuch Bd. 2 S. 419 Note 14; Seuffert, Archiv Bd. 34 No. 5. Über eine falsche Auffassung der kaufmännischen Krediteröffnung s. Seuffert, Archiv Bd. 13 No. 113.

---

§ 4.

Einteilung der Vorverträge.

Je nachdem ein Vertrag eine Obligation erzeugt, die auf einer oder auf beiden Seiten mit einer actio directa geltend zu machen ist, heisst er ein einseitiger oder ein zweiseitiger. Und ebenso zerfallen auch die Vorverträge in einseitige und zweiseitige (bindende), je nachdem sie zur Mitwirkung beim Abschluss des Ausführungsvertrages einen oder beide Kontrahenten verbinden.[1]) Für die Entscheidung des einzelnen Falles, ob in concreto beide Parteien oder nur eine und welche sich zu dem contrahere verpflichtet hat bzw. hat verpflichten wollen, ist der Wortlaut des Vertrages zunächst massgebend und eventuell der ganze Hergang beim Vertragsabschlusse. — Hierbei ist jedoch zur Charakterisierung des Vorvertrages als eines einseitigen ein Dreifaches zu beachten:

1) Aus dem Umstande allein, dass sich nur einer der Kontrahenten zur Mitwirkung beim Vertragsschluss verpflichtet hat, kann noch nicht auf einen streng einseitigen Vorvertrag gefolgert werden.

2) Ebensowenig setzt die einseitige Verpflichtung des Schuldners aus demselben zu ihrer Erfüllung ein Interesse des Gläubigers voraus. Schlechthin ohne jegliches Interesse wird wohl schwerlich jemand einen künftigen Vertragsschluss sich sichern bzw. beanspruchen, aber ebensowohl ist der Fall denkbar, dass gerade der aus

dem Vorvertrag Verpflichtete ein Interesse an der Perfektion des Hauptvertrages hat.

3) Mit dem einseitigen Vorvertrage ist nicht zu verwechseln die bindende, d. i. unwiderrufliche Offerte. Im Falle des Vorvertrages verpflichtet sich der Schuldner, demnächst eine Willenserklärung abgeben zu wollen und die Abgabe dieser Erklärung kann richterlich erzwungen werden. (C. P. O. § 779). Der Offerent dagegen, um nur das eine hervorzuheben, verpflichtet sich in dem proponierten Falle), eine bereits abgegebene Erklärung nicht zu widerrufen. Auch fehlt gerichtsseitig ein Zwang zur Aufrechthaltung der abgegebenen Erklärung. Es wird immer nur auf Interesse bzw. eine Konventionalstrafe zu verurteilen sein.

Nach diesen Richtungen hin bietet der zweiseitige Vorvertrag weniger Schwierigkeiten. Dafür aber desto mehr in der Abgrenzung gegenüber dem Hauptvertrag. Von diesem ist er oft schwer zu unterscheiden aber darum doch nicht minder vorhanden und nur ein striktes Festhalten an der oben gegebenen begrifflichen Bestimmung verbunden mit einer vorsichtigen Reprobierung der dort gegebenen allgemeinen Interpretationsregel kann hier ein befriedigendes und den Parteiintentionen entsprechendes Resultat ergeben.[2])

[1]) Iherings Jahrbücher Bd. 31, S. 235 ff.
[2]) Vgl. unten S. 16 resp. 18 Note 6, S. 22 f.

II. Teil.

Begriffliche Entwickelung des Konsensualkontraktes.

Der Konsens, d. h. die Übereinstimmung zweier Willen, ist begriffsnotwendig für das Entstehen jedes Vertrages unentbehrlich. Er bedeutet jedoch nicht für alle Arten von Verträgen schlechthin dasselbe. Seine verschiedene Bedeutung ist vielmehr auch heute noch wie im römischen Recht grundlegend für die Einteilung der Verträge. Je nachdem sich nämlich der consensus‹ als etwas Abhängiges an ein reales Substrat, an eine res anlehnt oder aber den Vertrag als die gewollte Parteiabsicht aus

eigener Kraft frei gestaltet, unterscheidet auch heute noch die herrschende Lehre Realkontrakte und Konsensualkontrakte.[1])

Das Unterscheidende zwischen beiden Vertragsarten muss darin gefunden werden, dass bei den Realkontrakten zur Perfektion des Thatbestandes und zur Herbeiführung der rechtlichen Geschäftsfolgen Verabredung (consensus) u n d[2]) Leistung, d. i. Ausführung der übernommenen Obliegenheiten erfordert wird, während zur rechtswirksamen Perfektion des Konsensualkontraktes Verabredung (consensus) o h n e Leistung genügt.

Charakteristisch für den Konsens ist, dass er an irgend welche Form nicht gebunden ist, sondern auch vollständig formlos, ausdrücklich und stillschweigend durch konkludente Handlungen etc. zustande kommt. Dass Gesetz und Parteiwille mitunter die Einkleidung des Konsenses in bestimmte Form, z. B. Schriftlichkeit verlangen, thut dem materiellrechtlich keinen Abbruch.

---

[1]) Auf die Streitfrage, ob im heutigen Recht die sog. Realkontrakte des römischen Rechts noch fortbestehen oder ob sie zu Konsensualkontrakten geworden sind, kann hier nicht näher eingegangen werden. Nur auf eines sei hier hingewiesen. Von hervorragenden Juristen, die im übrigen sich zur herrschenden Lehre bekennen, wird vielfach das verzinsliche Darlehn als Kapitalmiete, also als ein Konsensualvertrag aufgefasst. Vom wirtschaftlichen Standpunkt ist die Analogie auch unbestreitbar. Wirtschaftlich ist es z. B. vollständig gleichgiltig, ob ich einem Kaufmann zum Betrieb seines Geschäftes ein Ladenlokal vermiete oder ob ich ihm zur Verstärkung seines Betriebsfonds ein verzinsliches Darlehn vorschiesse. Im einen wie im anderen Falle wird für eine hingegebene Sache ein Nutzungszins gezahlt; im einen wie im anderen Falle ist eine Rückleistung der Sache in Aussicht genommen.

Juristisch jedoch liegt die Sache nicht so einheitlich. Am Darlehn erhält der Empfänger, um nur dies eine hervorzuheben, sofort mit der Tradition volles Eigentum; das Eigentum der vermieteten Sache dagegen bleibt beim Vermieter. Der Mieter ist nur in possessione rei, er ist detentor (l. 10 Dig. 41, 2). Dieser begriffliche Unterschied macht sich insbesondere beim Concurs des Mieters bzw. des Schuldners geltend. Die vermietete Sache nimmt der Vermieter als Vindikant in Anspruch und für den rückständigen Mietzins erlangt er verhältnismässige Befriedigung aus der Masse. Ganz anders und ungünstiger ist der Darlehnsgläubiger gestellt. Sowohl für Hauptsumme als auch für rückständige Zinsen kann er nur neben allen anderen Concursgläubigern Befriedigung aus der Masse fordern. (Vgl. hierzu:

Kohler, gesammelte Abhandlungen S. 44; Zeitschr. f. schw. R. N. F. Bd. 3 S. 30 ff; Iherings Jahrbuch Bd. 3 S. 408; Windscheid, Pand. § 312 Note 5 und § 370 Note 18.

[2]) »res und obligatorischer consensus stecken nicht neben, sondern in einander« (Zeitschr. f. schw. R. N. F. Bd. 3. S. 17).

III. Teil.

Vorverträge vor Konsensualkontrakten.

§ 1.

Logische Möglichkeit derselben.

Wie schon im Verlaufe der vorhergehenden Darstellung zu bemerken Gelegenheit war, ist die Frage nach der Möglichkeit und Berechtigung der pacta de contrahendo vor anderen Verträgen, insbesondere vor Konsensualkontrakten sehr bestritten.[1])

Die Argumente für die Behauptung, Verträge, welche den Abschluss von Konsensualkontrakten zum Gegenstand haben, seien undenkbar, liefern von jeher weniger Sätze des positiven Rechts in ihrer folgerichtigen Entwickelung, als vielmehr die rein formale Logik. Von ihr ausgehend behauptet man, bei den Konsensualkontrakten falle der vermeintliche Vorvertrag mit dem Hauptvertrag, das vermeintliche pactum de contrahendo mit dem Kontrakt zusammen. Denn der Vorvertrag müsse, wie jeder Vertrag, um rechtlich wirksam zu sein, hinlänglich bestimmt sein. Er müsse daher die sog. »Essentialen« des künftig abzuschliessenden Hauptvertrages in bindender Weise bestimmen. Erfülle er diese Voraussetzungen, so sei durch den vermeintlichen Vorvertag der Vertragswille rücksichtlich des sog. Hauptvertrages bereits als ein gegenwärtiger Vertragswille vollständig gesetzt und rechtsgiltig erklärt. — Die Frage nach der »essentiellen« Bestimmtheit des Vorvertrages durch den Vorvertrag ist oben S. 5 f. schon des weiteren erörtert worden. Was die »Identität« des gegenwärtigen und zukünftigen Vertragswillens betrifft, so sei hier vorläufig nur bemerkt: Die Willenserklärung, einen Vertrag »künftig« abschliessen zu wollen und bezw. zu sollen, involviert gleichzeitig doch

auch den Willen, den Vertrag gegenwärtig »nicht« eingehen zu wollen.

Storch[2]) geht von der Voraussetzung aus, dass die Unmöglichkeit, einem Konsensualkontrakt einen Vorvertrag voraufzuschicken, nie bezweifelt worden sei — die Aufgabe, die er sich gestellt hat, geht dahin, die Nichtexistenz der Vorverträge bei Realkontrakten zu beweisen — und findet den Grund dafür in dem logischen Pleonasmus, der in dem Abschlusse eines Vertrages über einen zu schliessenden Vertrag läge. Denn es bedeute dies nichts anderes als sich verpflichten, dass man sich verpflichten wolle, seinen Willen dahin binden, dass der Wille gebunden werden solle.[3])

Radikaler der Form nach, im übrigen aber in gleichem Ideenkreise bewegt sich Geller, der im Gegensatz zu Storch Vorverträge bei Realkontrakten anerkennt. Geller[4]) geht bei seinen Deduktionen gleichfalls von der Voraussetzung aus, dass der Vorvertrag, um bindend zu sein, nicht nur die »Essentialien« des abzuschliessenden Vertrages enthalten müsse, sondern auch keinen »nichtessentiellen« Punkt einer späteren Regelung überlassen dürfe. Deshalb, so folgert er hieraus, ist ein Vorvertrag vor solchen Kontrakten, die durch blossen Konsens zustande kommen, eine logische Unmöglichkeit. Denn der Wille, einen Vertrag schliessen zu sollen, ist nichts anders, als das gegenwärtige Wollen des Vertrages, das nicht nur den gegenwärtigen Vertragswillen nicht negiert, sondern mit demselben identisch ist. Daher ist der in dem Vorvertrag gebundene Wille gegenwärtiger Vertragswille, der logisch notwendig schon den Hauptvertrag in sich begreift und also seinerseits nicht auf dessen Abschluss und überhaupt nicht auf ein künftiges contrahere hinausgehen kann.

Bei der Würdigung dieser Ergebnisse der Gellerschen Dialektik ist ein Doppeltes zu beachten, um ihre Unhaltbarkeit sofort zu erkennen. Geller geht von einer Voraussetzung aus, die wir als eine unbegründete schon früher[5]) kennen gelernt haben, dass nämlich der Vorvertrag die wesentlichen Erfordernisse des Hauptvertrages enthalten müsse. Mit dieser Annahme aber steht und fällt die Folgerung Gellers, dass ein Vorvertrag zu einem

Konsensualkontrakt als eine logische Unmöglichkeit erscheine[6]).

Dann macht sich Geller bei seinen Folgerungen eines Fehlers schuldig, den freilich Bekker[7]) als ein Charakteristikum der modernen Doktrin bezeichnet: nämlich die Überschätzung des Willensmomentes, mit der dann Hand in Hand geht eine Unterschätzung aller anderen juristischen Thatsachen.

Wie Storch betont auch Geller ganz einseitig das »abstrakte Wollen«, den rein geistigen oder besser seelischen Vorgang des »Wollens«, um, fast möchte man sagen in bewusster Absicht das in dem »contrahere« gleichfalls mitenthaltene Moment des »Handelns«, nämlich die »Erklärung« des »Wollens« unberücksichtigt zu lassen bezw. unberücksichtigt lassen zu können. Denn auch die Erklärung des Wollens ist Handlung und als solche nicht blosses Zeichen eines Willens, sondern sich vollendende materielle Verfügungsthat.[8]) — Das gegensätzliche des Vorvertrages und des Hauptvertrages nämlich liegt weniger in einem Unterschied zwischen dem gegenwärtigen und zukünftigen »Wollen« als in dessen zeitlich über der Gegenwart hinausliegenden Erklärung als dem Momente seiner rechtlichen Gebundenheit in Beziehung auf den schliesslich gewollten obligatorischen Erfolg. Um gegenwärtig wirken zu können, muss der Wille vor allem für die Gegenwart irgendwie »erklärt« sein.[9]) In der Erklärung eines künftigen »Wollens« und »Sollens« liegt doch offenbar, wie schon gelegentlich bemerkt wurde, das Gegenteil desselben für die Gegenwart. — Als Ergebnis vorstehender Erörterungen lässt sich ohne weitere selbständige Begründung der Satz aufstellen: »Vorverträge vor Konsensualkontrakten sind logisch möglich.«[10])

Indes trotz principieller Anerkennung dieses Satzes finden sich doch vielfach Meinungsverschiedenheiten über die einheitliche Anwendbarkeit und Giltigkeit desselben auf alle Arten von Vorverträgen, sowohl die einseitigen als auch die zweiseitigen.[11]) Bezüglich der einseitigen Vorverträge kann vernünftiger Weise ein Zweifel nicht auftauchen. Dagegen hat Bechmann[12]) in neuerer Zeit die Anwendbarkeit der zweiseitigen Vorverträge vor Konsensualkontrakten bestritten und die Behauptung auf-

gestellt, der zweiseitige sog. Vorvertrag falle vor Konsensualkontrakten immer mit dem Hauptvertrage zusammen. Für einen solchen Vertrag bestehe wegen der elastischen Struktur des Hauptvertrages kein denkbares Bedürfnis; er charakterisiere sich vielmehr als eine »hybride« Schöpfung des Parteiwillens ohne allen vernünftigen Zweck.

Einen logischen Beweis für diese seine Behauptungen erbringt Bechmann nicht. Und darum handelt es sich doch gerade. Die ganze Ausführung stellt sich vielmehr vom logischen Standpunkte als eine deductio ex post dar. Bechmann geht ähnlich wie Geller von der principiell falschen Voraussetzung aus, Vorvertrag und Hauptvertrag müssten immer inhaltlich, d. i. in ihren »Essentialien« genau übereinstimmen und schliesst daraus ohne weiteres: Deshalb fallen beide zusammen resp. der sog. Vorvertrag ist schon der Hauptvertrag, der begrifflich jenen ausschliesst. Aber selbst die Bechmannsche Voraussetzung als richtig angenommen, bleibt die Folgerung daraus in ihrer Allgemeinheit doch gleich unrichtig, (s. unten S. 22 f.). B. scheint das auch selbst gefühlt zu haben und er führt deshalb im weiteren Verlauf seiner Polemik gegen die Vorverträge als Grund der Ablehnung — mit welchem Recht kann hier unerörtert bleiben — die Zwecklosigkeit der zweiseitigen Vorverträge vor Konsensualkontrakten ins Feld. Indessen dieser Einwand trifft hier für das thema probandum den Kern der Sache nicht. — Mit der Zergliederung der Bechmannschen Deduktionen ergibt sich ihre innere Unhaltbarkeit von selbst.

Ist einmal principiell die Möglichkeit zugegeben resp. erwiesen, dass Konsensualkontrakten schlechthin Vorverträge vorausgehen können, so folgt daraus, dass diese sowohl als einseitig wie zweiseitig bindende abgeschlossen sein können.

---

[1]) Koch, Recht der Forderungen § 70. Storch, Darlehnsvertrag S. 55 ff. Österreichisches Centralblatt für die juristische Praxis Bd. 1 S. 141 ff. (als Verfasser dieses anonymen Aufsatzes bezeichnete sich später der Herausgeber der Zeitschrift, Geller).

[2]) Storch, Darlehnsvertrag S. 57.

[3]) Storch, a. a. O. S. 60.

[4]) Österr. Centralblatt S. 142 ff.

[5]) Vgl. oben S. 5.

[6]) Dass es übrigens Verträge giebt, die einen künftigen Vertragsschluss zum Gegenstand haben, alle Erfordernisse desselben in sich aufnehmen und doch nur Vorverträge sind, mag hier nur angedeutet werden. S. unten Seite 22 f.

[7]) Bekker, Pandekten Bd. 2 § 95. »Der Anschauung von der verstärkten Kraft des Willens im heutigen Recht, der Behauptung, dass dem Willen die Herrschaft im Rechtsleben gebühre, ist entgegenzuhalten: die eigentliche rechtbildende Kraft steckt in den Einzelhandlungen der Individuen, die fast ausnahmslos einen engbegrenzten Horizont haben.« Bekker a. a. O. § 95 Beilage.

[8]) Degenkolb a. a. O. S. 72.

[9]) Über das Verhältnis von Wille und Willenserklärung vgl. Fitting in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 3 S. 282 f. 289.

[10]) Eine unrichtige Behauptung Gellers (S. 144) mag hier noch erwähnt werden, dass nämlich »die Erfüllung des Vorvertrages nur obligatorische, keine solutorische Wirkung habe.« Die Begründung der obligatorischen Hauptvertragswirkung ist eben die solutorische Wirkung, da erst durch die spätere Erfüllung des Vorvertrages, d. i. die Perfektion des Hauptvertrages die Obligation entsteht, die Geller fälschlicher Weise aus dem Vorvertrag direkt und unmittelbar entspringen lässt.

[11]) Vgl. oben S. 11.

[12]) Bechmann, der Kauf, Bd. 2 § 195 S. 281 ff. B. beschränkt zwar seine Behauptungen auf den zweiseitigen Vorvertrag zu Kaufgeschäften. Sind sie hier aber stichhaltig, so würde mit einer solchen Durchlöcherung des Princips gerade beim Kauf auch die Zulässigkeit derselben vor den übrigen Konsensualkontrakten nicht nur ernstlich in Frage gestellt, sondern geradezu illusorisch gemacht sein.

---

§ 2.

Thatsächliches Vorkommen von Vorverträgen vor Konsensualkontrakten.

Aber logische Möglichkeit ist noch lange nicht reelle Wirklichkeit. Wie die logische Unmöglichkeit von Vorverträgen vor Konsensualkontrakten noch kein unbedingter Beweis dafür wäre, dass sie im täglichen Leben nicht dennoch geschlossen werden, so ist anderseits auch mit der juristisch-logischen Möglichkeit noch nicht ihr thatsächliches Vorhandensein erwiesen. Denn die Praxis des täglichen Lebens richtet sich nicht nach den Gesetzen des logischen Denkens. Ja noch mehr: sie — vor allem im kaufmännischen Geschäftsverkehr — perhorresciert jeden Eingriff in die freie Entwicklung des Verkehrslebens; jedes Einzwängen von Instituten des »Marktver-

kehrs« des Lebens in die Schablone von zum Teil gegebenen, zum Teil mehr oder minder willkürlich konstruierten Rechtssätzen. Die »Verkehrslogik« folgt ihren eigenen Gesetzen. — Von solchen und ähnlichen Gesichtspunkten ausgehend, hat man das thatsächliche Vorhandensein von Vorverträgen oder wenigstens Notwendigkeit und Nutzen derselben bestreiten wollen.[1])

Freilich: zu derartigen Schlüssen muss man gelangen, wenn man von der Auffassung ausgeht, dass beim Abschlusse eines jeden Rechtsgeschäftes die Parteiabsichten sich mit Überspringung aller Zwischen- bzw. Entwicklungsstufen in einem rein äusserlichen, einem »ökonomischen« Erfolg erschöpften, unbekümmert um die juristische Wirkung ihres Handelns und die rechtliche Anerkennung bezw. Sicherung des Resultates. Diese Auffassung aber beruht auf einer vollständigen Verkennung des Gegensatzes von ökonomischer und juristischer, von dinglicher und obligatorischer Wirkung; sie lässt bewusst den Umstand ausser Acht, dass die Sphären dinglicher und obligatorischer Verträge wie zwei grundverschiedene Welten sich gegenüber stehen und zeigt sich blind gegenüber den Erscheinungsformen des täglichen Lebensverkehrs und die in ihnen zu Tage tretenden Parteiabsichten, die überall, vielleicht unbewusst, das Bestreben durchblicken lassen, den schliesslichen ökonomischen Erfolg auch rechtlich geschützt und garantiert, seinen künftigen Eintritt in der Gegenwart schon gesichert zu wissen.

Und daher muss man sagen: die Vorverträge sind nicht tote Schulfiguren, leere Begriffe der Theorie, sondern lebensvolle Wirklichkeit. Der erste Blick in die Praxis des Lebens zeigt sie uns in hundertfach wechselnder Gestalt.

A verpflichtet sich dem B, ihm bei einem künftig aufzunehmenden Darlehn Bürgschaft zu leisten. Ein Banquier verpflichtet sich, einem Fabrikanten, Kaufmann etc., der ein neues Geschäft gründen will, künftig Kredit zu gewähren, ein Contocorrent zu eröffnen, Accepte zu honorieren. Ein Landwirt verpflichtet sich, einem Grosskaufmann seine Produkte (Getreide, Spiritus etc.) nach der Ernte zu verkaufen und dieser verpflichtet sich, dieselben zu »currenten« Preisen abzunehmen. Die Kaufleute A und B schliessen einen Vertrag dahin ab, dass

A in das Geschäft des B von einem künftigen Zeitpunkt ab eintreten solle, sei es als offener oder stiller Gesellschafter oder als Commanditist. Verträge über Hagelversicherungen auf eine Anzahl von Jahren mit jährlich zu erneuernder Deklaration der in die Versicherung zu beziehenden Früchte. Verpflichtung eines Rechtsanwaltes, die künftigen Geschäfte, Vermögensauseinandersetzungen und die dabei nötig werdenden Processe eines Clienten zu führen. Statutarische Verpflichtungen über Rübenlieferungen der Aktionäre von Zuckerfabriken bei jährlich sich erneuernder Preisbestimmung.[2]) Vereinbarungen über später abzuschliessende Miet-, Pacht- und Kaufverträge etc. — Diese Beispiele mögen genügen. Sie zeigen, dass die Theorie sich anlehnt an die Erscheinungsformen der rechtsgeschäftlichen Abwickelungen der Praxis des Lebens, denen sie nur ihre formelle juristische Konstruktion giebt.

---

1) ». . . Unleugbar findet diese Methode Analogieen und mit ihnen Unterstützung in der Technik der modernen Gesetzgebung. Unser Recht, — dies ist eine nicht mehr neue Beobachtung — ist geneigter als das römische, Verpflichtungen auf Abgabe verpflichtender Erklärungen in die unmittelbare Verpflichtung zu derjenigen Leistung umzusetzen, welche sich bei Abgabe der betreffenden Erklärung als Objekt der aus ihr abzuleitenden Verpflichtung darstellen würde: mit anderen Worten die verpflichtende Willenserklärung zu Gunsten direkter Herstellung des durch sie erst zu ermittelnden Erfolges zu überspringen.« Degenkolb a. a. O. S. 74 f.

2) Vgl. hierüber speciell Busch's Archiv Bd. 32 und Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 32 S. 19 ff.

---

§ 3.

Umschreibung der Anwendungssphäre.

Bevor jedoch die Rechtsfrage erörtert werden kann, ist nach einer möglichst festen Umschreibung der Anwendungssphäre zu suchen.

Denn wenn auch die Anwendbarkeit der einseitigen sowohl wie der zweiseitigen Vorverträge vor Konsensualkontrakten rückhaltlos anzuerkennen ist, so ist doch anderseits nicht jede de futuro sich beziehende Vertragsberedung schlechthin als »Vorvertrag« zu bezeichnen. Das gilt namentlich von rechtsgeschäftlichen Handlungen, die im

Verfolg eines schliesslich zu erstrebenden Zweckes vorgenommen, nichts darstellen, als einen unützen Umweg, jeglicher »juristischen Praktikabilität« (Ihering) entbehrend und nur zu geeignet, die rechtsgeschäftliche Handlung künstlich zu vervielfachen und zu belasten. Und ebensowenig verdient eine Reihe von Vertragsberedungen, die unter falscher Flagge als pacta de contrahendo in Litteratur und Leben noch vielfach weiter »geführt« werden, diese Bezeichnung: sog. Geschäftsfiguren, wie Degenkolb sagt, »die mit wahren Vorverträgen auch nicht das Mindeste zu thun haben, sondern ihre Verquickung und Verwechselung mit den Vorverträgen einer falschen historischen[1]) Entwickelung verdanken.«

Bei der Entscheidung der Frage, ob in concreto ein »Vorvertrag« wirklich vorliegt, ist prinzipiell davon auszugehen und unbedingt festzuhalten, dass ein Vorvertrag dann, aber auch nur dann vorliegt, wenn ein künftiger Vertragsschluss[2]) wirklich in Aussicht genommen und gewollt ist und eine Verpflichtung zur Mitwirkung dabei gegenwärtig vertragsmässig von einer oder beiden Parteien übernommen wird bezw. ist.

Das Gegebensein dieser Voraussetzungen ist die conditio sine qua non des Vorvertrages und unter diesem Gesichtspunkt ergiebt sich sofort eine ziemlich feste Umschreibung seiner Anwendungsphäre vor Konsensualkontrakten, freilich nur nach der negativen Seite hin, indem sich die Notwendigkeit ergiebt, eine Reihe der vorhin erwähnten »Geschäftsfiguren« auszuscheiden.

Degenkolb[3]) bezeichnet als solche drei Gruppen von Fällen und zwar:

1. alle Fälle, in denen von dem Abschluss eines künftigen Vertrages überhaupt nicht die Rede ist, sondern von blossen in die Zukunft hinausreichenden oder durch künftige Ereignisse in ihrem Erfolg bedingten vertragsmässigen Modifikationen des bereits geschlossenen Vertrages. Dahin gehört vor allem die römisch-rechtliche Gestaltung des vertragsmässigen Vorbehaltes des Wiederkaufes. Denn der aus jener Clausel abzuleitende Anspruch ist nicht auf Abschluss, überhaupt nicht auf contrahere, sondern auf restituere bezw. redhibere gerichtet.

2. Die sog. bedingten Verträge, auch wenn die Bedingung etwa auf eine einseitige Handlung oder Erklärung eines der Kontrahenten gestellt ist. Hierher rechnet Degenkolb mit Recht den Kauf auf Probe oder auf Besicht, der auf keinen Fall ein pactum de contrahendo darstellt.[4])

3. Alle Fälle, in denen zwar auf das pactum de contrahendo ein Vertragsschluss folgt, jedoch nicht als Erfüllung einer aus jenem sog. pactum hervorgehenden Verpflichtung. Hierher sind zu rechnen die widerruflichen pacta præparatoria im Sinne der älteren Doktrin, die in Wirklichkeit gar keine Verbindlichkeit erzeugen und ferner die sogenannten unvollständigen Verträge. Ein unvollständiger« Vertrag ist ein Widerspruch in sich. Denn ein »unvollständiger« Vertrag ist, weil unvollständig, überhaupt unfertig und daher als Vertrag nicht vorhanden.

Diesen Einschränkungen kann bedingungslos nicht zugestimmt werden. Sie gehen zum Teil zu weit, zum Teil nicht weit genug.

In die erste Gruppe von Fällen will Degenkolb[5]) nämlich die Verabredung feierlicher Vollziehung bezw. Abschlusses von bereits perfekten Verträgen einbegriffen wissen. Denn es handele sich hier nicht um ein »contrahere,« sondern um ein »facere« von ganz anderem Inhalte: um ein Mitwirken zur Beglaubigung des bereits geschlossenen Kontraktes. — Diese Ansicht muss als eine irrige bezeichnet werden. Ein Vertrag, der zu seiner rechtlichen Wirksamkeit und Geltendmachung noch einer Redaktion in besonderer Form, eines Abschlusses vor Notar oder Richter, unter Zuziehung von Zeugen etc., sei es gesetzlich, sei es vertragsmässig, bedarf, ist, so lange jene besondere Form fehlt, streng genommen insofern rechtlich unwirksam, als er keine Klage gewährt zur Realisation des schliesslich gewollten ökonomischen Zweckes[6]), mag im übrigen der erste Vertrag inhaltlich mit dem Hauptvertrag genau übereinstimmen, mag er nicht nur die »Essentialien,« sondern auch alle »Accidentalien« desselben fest bestimmt haben. Er gewährt nur einen Anspruch bezw. eine Klage auf Mitwirkung bei Vollziehung der Redaktion, auf »Bethätigung« des Kontraktabschlusses in der gesetzlich oder verabredungsweise notwendigen Form. Dieses ist der letzte Akt, das

Schlussglied in einer Kette von Handlungen; er bringt erst den Kontrakt zur rechtlichen Konsistenz, er erst giebt dem Rechtsgeschäft seine ganze Signatur, nach ihm bestimmen sich die Klagen und Einreden; kurz: er ist das »contrahere« selbst und nicht nur die Beglaubigung eines bereits geschlossenen Kontraktes. – Ist aber, dieser Schluss ist unabweislich, eine Obligation auf »contrahere« Gegenstand eines Vertragsschlusses, so ist dieser Vertrag notwendig ein Vorvertrag.

Seinen in der Festschrift vertretenen Standpunkt scheint Degenkolb in den »Neuen Beiträgen«[7]) selbst wieder aufgeben zu wollen. Anders ist es doch wohl nicht zu verstehen, wenn er schreibt:[8]) »Eine . . . Verwendung findet der Vorvertrag auch im Gebiete der Konsensualverträge als Abrede auf Vertragserneuerungen i. e. Vertragsreproduktion.

Die Vertragsreproduktion erfolgt ganz überwiegend als sog. »Vertragsvollziehung.« Sie realisiert eine darauf gerichtete Abrede, d. i. sie realisiert ein pactum de contrahendo. Denn sofern auch das reproducierende Kontrahieren ein Vertragsschluss und das auf die Reproduktion gerichtete Übereinkommen ein Vertrag bleibt, so wüssten wir nicht, was der Eigenschaft solches Übereinkommens als Vorvertrag im Wege stände. Dieser Vorvertrag begleitet, — wenn er überall erfolgt — gemeinhin den erstmaligen Abschluss des Hauptvertrages. Und zwar begegnen wir dieser Erscheinung nicht nur überhaupt, sondern besonders häufig gerade beim Abschluss von Konsensualverträgen: d. h. mit ihrem Abschluss verbindet sich die Abrede auf Reproduktion durch sog. Vertragsvollziehung. Allerdings ist diese »Vollziehung« selbst nicht gemeinhin als eine schlechthin formlose gedacht. Aber dadurch wird der erstmals abgeschlossene Vertrag nicht zu etwas anderem als er war, noch auch der zweitabzuschliessende Vertrag dadurch zum »solennen« Vertrag, dass die Parteien seinen Abschluss in gewisser Form verabreden.«

Auch die Fixierung der zweiten auszuscheidenden Gruppe von Fällen ist in ihrer Allgemeinheit nicht zutreffend. Nicht alle bedingten Verträge sind als Vorverträge undenkbar. Nach einem Erkenntnis des Reichs-

Oberhandelsgerichts [9]) macht z. B. eine Potestativbedingung, deren Nichterfüllung von dem Verpflichteten abhängt und nur ihm zum Nachteil ausschlägt, das pactum de contrahendo als solches nicht ungiltig.

Anderseits ist die angeführte Einschränkung Degenkolbs insoweit nicht umfassend genug, als darunter nicht fallen die Vereinbarungen mit sog. anticipierter Vertragsklausel, die niemals Vorverträge sind, obwohl es oft schwer fällt, beide Gruppen zu unterscheiden. Anticipierte Vertragsklauseln begründen keine Verpflichtung einer der Parteien zum Kontrahieren, sondern bestimmen nur, dass die getroffenen Vereinbarungen, für den Fall später ein Vertragsabschluss wirklich zustande kommen sollte, als Bestandteil dieses Vertrages, als lex contractus gelten sollen, es sei denn, ein Entgegenstehendes wäre in der Zwischenzeit verabredet.[10]) Ob aber in der vorstehenden Gruppierung alle Fälle einbegriffen sind, bei denen von einem Vorvertrag nicht die Rede sein kann, die Frage wird wohl weder mit einem unbedingten »Ja« noch »Nein« beantwortet werden können. Die Grenze ist nicht unverrückbar zu bestimmen, sondern im Gegenteil sehr flüssig und wann demnach positiv die Voraussetzungen und begrifflichen Kriterien eines »Vorvertrages« im technischen Sinne gegeben sind, das ist reine Thatfrage, und zu entwickeln, Sache einer vernünftigen, sinngemässen Interpretation des bei Abschluss des qu. Rechtsgeschäftes zu Tage getretenen Parteiwillens.

[1]) Vgl. oben Seite 1.

[2]) Vgl. Entscheid. des Reichs-G. Bd. 12. S. 302: »In diesem Falle liegt ein gegenwärtiger, freilich bedingter Kaufvertrag, aber kein Vorvertrag vor, denn es ist kein neuer Vertragsschluss in Aussicht genommen.«

[3]) Degenkolb a. a. O. S. 24—28.

[4]) Vgl. hierzu Degenkolb a. a. O. S. 18 f.

[5]) a. a. O. S. 25.

[6]) Vgl. auch l. 17 C. de fide instr. 4, 21: Contractus venditionum vel permutationum vel donationum, quas intimari non est necessarium dationis etiam arrarum vel alterius cuiuscunque causæ, illos tamen, quos in scriptis fieri placuit, transactionum etiam, quas instrumento recipi convenit, non aliter vires habere sancimus, nisi instrumenta in mundum recepta subscriptionibusque partium confirmata et, si per tabellionem conscribantur, etiam ab ipso completa et postremo a partibus absoluta sint, »ut nulli liceat prius,« quam hæc ita processerint, vel a scheda conscripta, licet litteras

unius partis vel ambarum habeat, vel ab ipso mundo, quod nec dum est impletum et absolutum, »aliquod ius sibi ex eodem contractu vel transactione vindicare . . . .«

[7]) a. a. O. S. 52—95.

[8]) a. a. O. S. 90. Ob übrigens der letzte Satz Degenkolbs in dieser Formulierung überall unbedingt zutreffend ist, kann hier dahingestellt bleiben.

[9]) Entscheid. d. Reichs-Ob. H. G. Bd. 8 Nr. 87 S. 364.

[10]) Vgl. als Beispiel: Der Schumacher X bittet den Kaufmann Y um seine Kundschaft. Y ist hierzu geneigt, aber nur unter der Bedingung, dass X ihm verspreche, für sein eventuelles Guthaben von ihm (dem Y) gleichfalls Waaren zu entnehmen.

---

§ 4.

Begründung des Anspruchs auf Anerkennung der Vorverträge durch das positive Recht.

Es erhebt sich nunmehr die Frage: wenn ein Vorvertrag wirklich vorliegt, wie steht es mit seiner Anerkennung durch das positive Recht? Nach einem unbestrittenen Gewohnheitsrecht gilt heutzutage in Deutschland als Fundamentalsatz des gemeinen Rechts im Gegensatz zum römischen Recht die Regel, dass die irgendwie erklärte Einigung der Parteien ein Forderungsrecht erzeuge.[1]) Logisch folgt hieraus unbedingt, dass demnach die pacta de contrahendo vom positiven Recht anerkannt werden müssen. — Indes diese Begründung der rechtlichen Anerkennung der »Vorverträge« wird kaum befriedigen. Sie ist eine zu äuserliche, zu mechanische. Konsequent durchgeführt, gipfelt sie darin, dass das positive Recht sich unbedingt in den Dienst der Parteiwillkür zu stellen habe. Dem ist aber entschieden zu widersprechen. »Das positive Recht ist zur Durchführung unbegrenzter Launen des Privatbeliebens nicht gezwungen, es kann sie nicht nur unberücksichtigt lassen, sondern in den Rechtsgeschäften deren Vernunft gegenüber dem abirrenden Einzelwillen herstellen, ihn nicht blos ergänzen, sondern auch ihn unmittelbar berichtigen.[2])

Wir müssen demnach nach einer inneren Begründung suchen. Tragen die Vorverträge vor Konsensualkontrakten ihrer Natur nach in sich einen Anspruch auf Anerkennung

und Schutz durch das positive Recht? Diese Frage kann nur aus ihrer Zweckbestimmung heraus, aus der sachlichen »Vernünftigkeit« der Voraussetzungen, die die Zwischenschiebung eines Vorvertrages vor Konsensualkontrakten rechtfertigen sollen, beantwortet werden. Wir treten damit ein in die Erörterung der praktischen Bedeutung, des Zweckes und Bedürfnisses der Vorverträge.

Es ist schon oben Seite 15 fg. bemerkt worden, dass die Parteien, welche einen Vorvertrag abschliessen, damit den Hauptvertragsschluss in der Gegenwart negieren und dessen Wirkungen vermieden wissen wollen. Dies auf den Vorvertrag z. B. beim Kauf übertragen, ergiebt, dass von einer dinglichen Gebundenheit, von einer Haftung des Käufers für periculum etc. als einer Rechtsfolge aus dem Vorvertrage nicht die Rede sein kann. Bis zur Perfektion des Hauptvertrages ist der zwischen den Parteien bestehende thatsächliche Zustand dinglich um nichts verschoben. In dieser Neutralität, wenn ich mich so ausdrücken darf, des Vorvertrages gegenüber der durch den Hauptvertrag zu schaffenden obligierenden Spannung mit seiner auf Effektivleistung drängenden Verpflichtung sah die ältere Theorie und Praxis sowohl den Gegensatz zum Hauptvertrag als auch den Nutzen und die Begründetheit der Vorverträge vor Konsensualkontrakten, der Vorverträge schlechthin.

Neuere Schriftsteller haben dagegen die Frage nach der Zweckbestimmung und praktischen Bedeutung der Vorverträge von einer anderen Seite her zu beantworten gesucht. Göppert[3]) bezeichnet sie als ein brauchbares Mittel, um uns Dienstleistungen, Absatz für unsere Waaren, Befriedigung irgend welcher möglicher Bedürfnisse für die Zukunft zu sichern, ohne Risiko für uns selbst, und, ohne unsererseits genötigt zu sein, von der erlangten Zusicherung künftig Gebrauch zu machen . . . und eine solche Fürsorge kann ebensogut Verträge über künftige zweiseitige, wie über künftige einseitige Kontrakte veranlassen. — Eisele[4]) findet das Spezifische der Vorverträge gerade darin, dass sie »Sicherungsgeschäfte« sind. Und dieser ihr spezifischer Zweck, so führt Eisele aus, »leistet dem Versuch, das pactum de contrahendo mit dem darauf folgenden Vertrag zu einer Einheit zu ver-

schmelzen, noch stärkeren Widerstand, als der spezifische Inhalt der durch dasselbe begründeten Verpflichtung, welche eben auf contrahere geht.«

Beide Theorieen, insbesondere aber die ältere, bezeichnen damit als Zweck der Vorverträge etwas, was sich auch bei sofortigem Abschluss des Hauptvertrages durch Nebenabreden und sonstige modificierende Kautelen erreichen bezw. vermeiden lässt. Hiermit soll indes nicht gesagt sein, dass Vorverträge zu den vorgedachten Zwecken vor Konsensualkontrakten rechtlich keine Beachtung verdienten. Sie können vielmehr vom Standpunkte der Parteien durchaus sachlich begründet sein und dann haben dieselben ein Recht auf Respektierung ihres nicht selbst rechtswidrigen Willens auch dann, wenn sie einen Umweg einschlagen und sich ihren eigentlichen Zweck erschweren.[5]) — Indes auf die Frage: cui bono? gemessen an dem unterliegenden objektiven Verkehrsbedürfnis, geben auch sie keine unbedingt genügende Antwort. Denn was mit allgemeinen Mitteln erreicht werden kann, dazu bedarf es keiner Specialmittel. Was vom Standpunkt eines berechtigten Subjektivismus aus als durchaus legal bezeichnet werden muss, ist deshalb doch noch lange nicht ein Gebot juristischer Notwendigkeit und in diesem Sinne darf die absolute Notwendigkeit der Vorverträge auf dem Gebiete der Konsensualkontrakte wohl bezweifelt werden.[6])

Nichts aber wäre verkehrter, als deshalb direkt die Verneinung aller Vorverträge vor Konsensualkontrakten zu behaupten. Denn was nicht absolut »notwendig« ist, kann deshalb doch noch immer aus praktischen Verkehrsbedürfnissen durchaus »zweckmässig« sein und mit in concreto gegebener Zweckmässigkeit entfällt für das positive Recht jegliches Motiv, Vorverträge vor Konsensualkontrakten zu negieren.

Diese seine Zweckmässigkeit bewährt der Vorvertrag in erster Linie in seiner Verwendbarkeit zu sicherer Herbeiführung von Wirkungen, welche sich bei sofortigem Abschluss des Hauptvertrages nur durch besondere Klauseln erreichen lassen, also die durch ihn erreichbare Vereinfachung der Formulierung. Vereinfachung aber heisst allemal Sicherung gegen Unvollständigkeit und Irrung.[7]) — Es ist gewissermassen das Prinzip der Arbeitsteilung,

welches hier in der Rechtsentwickelung uns entgegentritt und zum Durchbruch gelangt. Ein Beispiel aus dem Gebiete der Technik und Wirtschaftsgeschichte möge hier zur Illustration dienen. Als die zunehmende Verpflechtung in den Konkurrenzkampf und die Konjunktur des Weltmarktes die bisher lokale Industrie zwang, von der Manufaktur zur Maschine überzugehen, da verlangte man vom Techniker eine möglichst vielseitige Maschine, eine Maschine, die möglichst verschiedene »Hände« ersetzte. Aber hierin lag zugleich ihre Schattenseite. Die Kompliciertheit der Konstruktion erschwerte die Bedienung; die Mannichfaltigkeit der Leistungen störte die einheitliche Gesamtfunktion und beeinträchtigte die Leistungsfähigkeit. Diese Nachteile zwangen zum gegenteiligen System überzugehen, einer Maschine nur eine Funktion zuzuweisen, was eine bequemere, bessere und einheitlichere Produktion ermöglichte. — Ist die Analogie zwischen rechtlicher und technischer Entwickelung nicht höchst instruktiv? Ein unter Befristungen, Bedingungen, Auflagen, Vorbehalten etc. abgeschlossenes Rechtsgeschäft ist leicht Missverständnissen unterworfen, sehr häufig z. B. infolge eines nicht ganz korrekten Ausdruckes widersprechender Auslegungen fähig und gibt so Anlass zu Streitigkeiten, Prozessen usw. Anders wenn das aus einer Mehrheit von Rechtsbeziehungen zusammengesetzte Rechts- bezw. Obligationsverhältnis in seine »Elemente« zerlegt und jedes als formell und materiell selbständiges Rechtsinstitut substantiert wird, gleich bestimmt in seinen Voraussetzungen wie übersichtlich in seinen Consequenzen, ohne Raum für künstliche Auslegungen und spitzfindige Ausflüchte.

Eine gleichwichtige Funktion hat der Vorvertrag als Mittel zur Vereinbarung von Verträgen, die eines Abschlusses, einer Redaktion in besonderer Form zu ihrer rechtlichen Wirksamkeit bedürfen, also als Mittel zur Vertragsreproduktion. Hierüber ist oben Seite 22 f ausführlicher gehandelt worden und braucht deshalb hier nur darauf verwiesen zu werden. – Ein Rechtsgeschäft aber, dem solch wichtige Aufgaben zufallen, ist weit entfernt, überflüssig zu sein; es füllt vielmehr eine fühlbare Lücke in den Rechtsmitteln zur Herbeiführung und Ab-

schliessung von obligatorischen Verträgen aus, und hierin liegt ihr Anspruch auf unbedingte Anerkennung und Schutz durch das positive Recht.

---

[1]) Windscheid, Pandekten Bd. 3 § 312. Über den Grund des Vertragsschutzes vgl. noch: Hofmann, die Entstehungsgründe der Obligationen.
[2]) Degenkolb a. a. O. S. 22.
[3]) Göppert a. a. O. S. 420 f.
[4]) Eisele, Zeitschrift für schweiz. Recht. N. F. Bd. 3. S. 24 ff.
[5]) Göppert a. a. O. S. 421.
[6]) Degenkolb a. a. O. S. 88 f.
[7]) Degenkolb a. a. O. S. 89.

---

§ 5.

Stellung der Gerichtspraxis.

Was wir im Vorstehenden als logisch möglich und thatsächlich existent als Erscheinungsformen des Parteiwillens, die auf Anerkennung und Schutz durch das positive Recht nicht nur aus rein formalen, sondern vor allem aus materiellen Gründen Anspruch haben, kennen gelernt haben, wie steht es mit dessen Beurteilung durch die Praxis unserer Gerichte? Dieselbe spiegelt in dieser Frage, wie so vielfach auch anderswo, in mehr als einer Beziehung den Streit theoretischer Ansichten wieder.[1])

Ausgehend von der lediglich präparatorischen Funktion der Vorverträge kommt das preussische Obertribunal in Anlehnung an die Theorien von Koch und Förster zu einer entschiedenen Verneinung der Existenz der Vorverträge vor Konsensualkontrakten[2]). Anders das Reichs-Oberhandelsgericht, welches in mehreren Erkenntnissen sich mit der Frage zu befassen hatte. Es erkennt die Existenz von rechtswirksamen Vorverträgen vor Konsensualkontrakten teils indirekt, teils direkt an.[3])[4])[5])

Und in ähnlichem Tenor sind die Entscheidungen des Reichsgerichts gehalten.[6]) Eine prinzipielle Bejahung der Daseinsfrage wird man jedoch vergeblich suchen. Vielmehr will es mitunter scheinen, als ob der jeweils urteilende Senat sehr geneigt gewesen wäre, die Frage zu verneinen.[7])

Bei der allgemeinen Existenzfrage machen sich die Widersprüche der Theorieen noch verhältnismässig wenig

geltend und eine wenn auch nur indirekte Bejahung jener Frage lässt sich bei der Mehrheit der vorliegenden Entscheidungen verzeichnen.

Das Schwankende der ganzen Lehre tritt um so greller in die Erscheinung, wenn es sich in concreto darum handelt, aus der unvollständigen Form den (Vor-) Vertragswillen herauszuschälen, die Grenzlinie zwischen Vor- und Hauptvertrag zu ziehen, die Erfordernisse des Vorvertrages nach Form, Inhalt etc. festzustellen usw.[8])

Während beispielsweise das Reichs-Oberhandelsgericht[9]) von dem Vorvertrag abzielend auf Eingehung einer Handelsgesellschaft verlangt, dass er feste Bestimmungen über die Höhe der Einschüsse und über Beteiligung am Gewinn und Verlust enthalten müsse, ist mit Recht vom Reichsgericht[10]) ein derartiger Vertrag für rechtlich denkbar erklärt, der den Inhalt des abzuschliessenden Gesellschaftsvertrages durch boni viri arbitrium bestimmen lässt.

Während von einigen Spruchbehörden[11]) verlangt wurde, dass der Vorvertrag, um im Gegensatz zu den blossen Traktaten rechtsverbindlich zu sein, den wesentlichen Inhalt des künftig abzuschliessenden Hauptvertrages in sich aufnehmen müsse, wird eine solche Auffassung vom Reichs-Oberhandelsgericht[12]) entschieden zurückgewiesen.[13])

Was nun schliesslich die vielumstrittene Frage[14]) nach der Form der Vorverträge zu formellen Hauptverträgen angeht, so wird die Auffassung der vollständigen Formlosigkeit vertreten in einer Entscheidung des Ober-Apellationsgerichtes zu Lübeck vom 26. Oktober 1854. Die gegenteilige Auffassung wird vertreten vom preussischen Obertribunal[15]) in Seufferts Archiv[16]) und vom Reichsgericht.[17]) Bei Begründung ihrer Meinung gehen die genannten im einzelnen jedoch wieder auseinander. Dieselbe muss zudem zum Teil als ungenügend — das gilt insbesondere von der des Obertribunals —, zum Teil als verfehlt bezeichnet werden. Denn sie ist, um von anderem zu schweigen, sowohl bei Seuffert wie beim Reichsgericht zu generell. Und wenn mit dem Erkenntnis des Reichsgerichts sub Note 17 ein erneuter Versuch gemacht sein soll, die Grenze der Übertragung der Formerfordernisse vom Hauptvertrage auf den Vorvertrag prinzipiell festzulegen, so wird der Behauptung wohl nicht sehr

widersprochen werden, dass jene Fixierung wenig Bestechendes für sich hat.

Auf eine erschöpfende Aufzählung hierher gehöriger Erkenntnisse und Beispiele muss verzichtet werden.[18]) Ebenso auf eine eingehende kritische Würdigung der darin geltend gemachten Gründe. Streng genommen könnte auf den ersten Blick der grössere Teil der letzten Ausführungen unangebracht und überflüssig erscheinen, da im ersten Teile schon des öfteren eingehend darauf Rücksicht genommen ist. Aber ein Blick auf die widerspruchsvolle Praxis[19]) im Zusammenhange und im Anschlusse an die theoretische Erörterung zeigt um so greller das Schwankende und Fliessende der ganzen Lehre und ist wohl geeignet, von der Aufstellung apodiktischer Behauptungen und allgemeiner Regeln mit Beziehung auf die Erfordernisse und Kriterien der Vorverträge, insbesondere vor Konsensualkontrakten abzuhalten.

---

[1]) Degenkolb a. a. O. S. 85. Über andere hier nicht berücksichtigte Entscheidungen vgl. Degenkolb a. a. O. S. 81 ff.

[2]) »Solche pacta de contrahendo kann es bei Konsensualverträgen aber nicht geben, weil die hergestellte Übereinstimmung der Willen über den Vertragsinhalt schon den Vertrag selbst herstellt. Wer sich dem zustimmenden anderen verpflichtet, zu verkaufen, hat durch diesen nur scheinbar vorbereitenden Vertrag bereits wirklich verkauft. Es könnte dann nur noch in Frage kommen, dem in den wesentlichen Punkten seines Inhaltes schon zustande gekommenen Vertrage noch eine besondere Form zu geben.« Entscheid. des Obertrib. vom 14. März 1873, Striethorst, Archiv Bd. 88 S. 285.

[3]) »Die Klausel in einem auf mehrere Jahre geschlossenen Hagelversicherungsvertrage, dass alljährlich unter Vorlegung des Aussaatsregisters die Versicherung zu erneuern und eine neue Police zu entnehmen sei, ist ein genügend bestimmtes, von der Willkür des Versicherers unabhängiges und als solches rechtsverbindliches pactum de contrahendo.« Entscheid. des Reichs-Ober.-H.-G., Bd. 8 S. 364.

[4]) »In der Bezeichnung des Kaufgegenstandes als »mehrere Dutzend« liegt keine genügende Bestimmtheit des Kaufgegenstandes für ein pactum de vendendo.« Entscheid. des Reichs-Ober.-H.-G., Bd. 11 S. 1.

[5]) »Durch die Erklärung des einen Teiles in ein Kontokorrentverhältnis mit dem anderen Teile treten und von diesem für sein jedesmaliges Guthaben »Cigarren« entnehmen zu wollen und durch Acceptation dieser Erklärung kommt ein rechtsverbindliches pactum de emendo zustande.« Entscheid. des Reichs-Ober.-H.-G., Bd. 17 S. 218.

6) Entsch. des Reichs-G., Bd. 14 S. 93, Bd. 12 S. 302; ferner noch: Bd. 4 S. 13, 83—85, Bd. 10 S. 125, Bd. 30 S. 95, 147.

7) Z. B. Entsch. des Reichs-G., Bd. 12 S. 302: »Es wird darüber gestritten, ob im Begriffe des Konsensualvertrages Raum für die rechtliche Möglichkeit eines von dem Konsensualvertrage verschiedenen, die Verpflichtung zur Abschliessung eines Konsensualvertrages begründenden Vorvertrages gegeben ist.« Im weiteren wird dann die Frage vollständig bei Seite gelassen. Aber die bei der cit. Stelle angeführte Litteratur und die aus derselben hervorgehobenen Stellen lassen die obige Vermutung als wohl berechtigt erscheinen.

Charakteristisch für die neuere Praxis namentlich des Reichsgerichts ist die Neigung nach thunlichster Einbeziehung der sog. Komplexabreden (Lieferungs-Versicherungsverträge, datio in solutum etc.) in den Hauptvertrag (Degenkolb a. a. S. 87). Komplexabreden sind Verabredungen über eine Mehrheit »künftiger Geschäfte, deren Individualisierung noch nicht thunlich ist: z. B. ein Fabrikant verpflichtet sich, dem Mitkontrahenten seine sämtlichen Fabrikerzeugnisse im Falle rechtzeitiger Bestellung gegen angemessene Preise für eine Reihe von Jahren zu überlassen.« (Dernburg, Pandekten, Bd. 2 S. 26.) Vgl. auch Entsch. des Reichs-G., B. 4 S. 13, 82 ff.

8) Vergleiche über das Widersprechende der Erkenntnisse der obersten Landesspruchbehörden: Degenkolb a. a. O. S. 82 ff. Es will scheinen, als ob das, was wir oben als anticipierte Vertragsklausel bezeichnet haben, hier sowohl wie bei der allgemeinen Daseinsfrage vielfach verwirrend gewirkt habe, indem dieselbe bald als Vorvertrag, bald als Hauptvertrag behandelt ist, ohne in Wirklichkeit eines von beiden zu sein.

9) Entscheid. des Reichs-Ober.-H.-G., Bd. 9 S. 38.

10) Entscheid. des Reichs-G., Bd. 30 S. 147. Vergl. l. 76—80, Dig. 17,2.

l. 76: Societatem mecum coisti ea condicione, ut Nerva amicus communis partes societatis constitueret . . . existimo, melius te quæsiturum fuisse, utrum ex his partibus socii essemus, quas is constituisset, an ex his, quas bonum virum constituere oportuisset. . .

l. 77: veluti cum lege locationis comprehensum est, ut opus arbitrio locatoris fiat.

l. 78: in proposita autem quæstione arbitrium boni viri existimo sequendum esse, eo magis, quod indicium pro socio bonæ fidei est.

l. 79: Unde si Nervæ arbitrium ita pravum est, ut manifesta iniquitas eius appareat, corrigi potest per indicium bonæ fidei.

11) Seuffert, Archiv, Bd. 33 Nr. 112; Bd. 26 Nr. 212.

12) Entscheid. des Reichs-Ober.-H.-G., Bd. 17 S. 218, Bd. 7 S. 155.

13) Vgl. oben S. 5 und die sub. Note 10, § 2 angeführten Entscheidungen.

14) Vgl. oben S. 4 f.

15) »Die Beantwortung der Frage, ob pacta de contrahendo in derselben Form abgeschlossen werden müssen, welche für die beabsichtigten Verträge selbst vorgeschrieben ist, hängt davon ab,

ob die vorgeschriebene Form den Zweck hat, alles vorhergehende Binden auszuschliessen.« Striethorst, Archiv Bd. 58 S. 65.

[16]) »Dafür spricht die Erwägung, dass es ganz zwecklos ist, für die . . .verträge selbst eine bestimmte Form vorzuschreiben, wenn man nicht zugleich diese Form für alle die Verträge anwendbar erklärt, durch welchen man sich zum Abschluss eines solchen Vertrages verpflichtet.« Seuffert, Archiv Bd. 38 Nr. 103.

[17]) »Denn jedenfalls ist ein formloser Vorvertrag ungiltig, der weiter gar keinen Inhalt hat, als die Übernahme der Verpflichtung zur Eingehung eines Hauptvertrages, welcher in seiner Gültigkeit überhaupt, nicht etwa nur wie der Wechselvertrag, mit Rücksicht auf gewisse, gerade diesen Vertrag auszeichnende Rechtswirkungen, gesetzlich an die Beobachtung einer bestimmten Form geknüpft ist.« Entscheid. des Reichs-G., Bd. 43 S. 93, Bd. 30 S. 95.

[8]) Gleich widerspruchsvolle Erkenntnisse finden sich bei Entscheidung der Frage über Unvererblichkeit und Unveräusserlichkeit der Ansprüche aus Vorverträgen, über das Rücktrittsrecht wegen mangelnder Voraussetzung u. s. w.

[19]) Vgl. oben S. 32 sub. Note 7.

---

§ 6.

Ergebnisse.

Ziehen wir nun zum Schlusse aus den vorstehenden Erörterungen die Summe, so ergibt sich, dass das positive Ergebnis der gesamten Untersuchung ein verhältnismässig bescheidenes ist. Denn was von der ganzen Lehre über den Vorvertrag feststeht, ist äusserst gering.

Was die Wechselwirkungen und -beziehungen zwischen Vorvertrag und Hauptvertrag angeht, so ist zunächst nur zu konstatieren, dass erstere als solche, und zwar sowohl als einseitige wie zweiseitige, vor Konsensualkontrakten ebenso durchaus möglich und zulässig wie, weil einem oftmals empfundenen Verkehrsbedürfnisse abhelfend, zweckmässig und deshalb auch rechtlich anzuerkennen und zu schützen sind.

Was aber dann die specifischen Eigentümlichkeiten des Vorvertrages anlangt, so ist zunächst nur feststehend, dass der Anspruch aus demselben, weil eben auf ein »contrahere« gerichtet, als solcher unvererblich und uncedierbar ist.

Im übrigen ist keine Eigenschaft und charakteristische Eigentümlichkeit der pacta de contrahendo absolut zu

konstatieren. Von welchem Prinzip ausgehend man an die kritische Untersuchung derselben herantreten mag, immer wird man zu dem Resultate kommen, dass ausser der obengenannten eine Eigentümlichkeit des Vorvertrages als eine an ihn im Gegensatz zum Hauptvertrage gebundene Eigentümlichkeit nicht anzunehmen, nicht zu finden ist: immer wird man landen bei der Forderung einer billigen Ausgleichung der entgegenstehenden Interessen und immer wird man wünschen müssen, dass das ius hier in Wahrheit zu einer ars boni et æqui werden möge. Denn schliesslich läuft auf quæstio facti des einzelnen Falles hinaus. – Kaum noch irgendwo im Recht wird so wie hier — und das gilt insbesondere vom zweiseitigen Vorvertrage bei Konsensualkontrakten — die »grössere Hälfte aller Schuld« dem Richter zugeschoben. Von seinem Verständnis für die eigenartige Seele und bestimmenden Kräfte des Verkehrslebens hängt alles ab: die richtige Analyse des manifestierten Parteiwillens in seinen Wirkungen und Erfordernissen wie die zweckentsprechende rechtliche Konstruierung der von ihm beliebten rechtsgeschäftlichen Formen.

Mit diesem Umstande ist vom dogmatischen Standpunkt eine andere Schwierigkeit und Aufgabe gestellt. Der Vorvertrag ist zwar streng genommen keine selbständige Vertragsgattung, immerhin aber doch eine Vertragsfigur, die, obschon den allgemeinen Vertragsgrundsätzen unterworfen, doch eine vielfach besondere rechtliche Behandlung verlangt. Ein Versuch jedoch, die pacta de contrahendo nach unterliegenden Rechtsprinzipien, z. B. bezüglich Anlass, Zweck und Objekt, Inhalt und Wirkungen u. s. w. auch nur ganz vage zu specialisieren, ergiebt wegen des wechselnden Vorkommens von Kontraktszusagen als ein- und zweiseitiger Verträge und der Möglichkeit ganz verschiedener Gegenleistungen etc. fast ebenso viele Fragezeichen wie Ausgangspunkte, geschweige denn, dass es möglich wäre, durch generelle Betonung und Hervorhebung von Besonderheiten in dieser Beziehung irgendwie scharf abgegrenzte Kategorieen zu bilden, die insbesondere auch der Praxis zu einer klareren Erkenntnis und richtigen Würdigung der Vorverträge eine Stütze bieten könnten.

Rein äusserlich lässt sich vielleicht, ausgehend vom Objekt des Vorvertrages, eine Einteilung vornehmen.

Objekt des Vorvertrages ist ein contrahere. Jenachdem nun dieses contrahere scil. der Hauptvertrag gesetzlich oder vertragsmässig an einen Abschluss, an eine Redaktion in besonderer Form gebunden ist oder nicht, kann man unterscheiden zwischen Vorverträgen zu formellen und solchen zu formlosen Hauptverträgen. — Dass damit nach keiner Richtung hin viel zur Klärung gewonnen ist, bedarf keines weiteren Beweises und deshalb kann auch hier auf eine weitere Untersuchung verzichtet werden, ob und inwiefern jene Scheidung gleichmässig für einseitige und zweiseitige Vorverträge zu machen sei.